



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

PROCESO: EJECUTIVO
DEMANDANTE: UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5.
DEMANDADA: LA PREVISORA S.A.
Expediente: 2019-367

AUTO DECIDE RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA MANDAMIENTO DE PAGO

Bucaramanga, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Procede el Despacho a decidir el recurso¹ de reposición impetrado por la parte demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO FOMAG, contra el mandamiento de pago de fecha 3 de marzo de 2020², recurso por medio del cual se impetraron las excepciones previas de COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA, FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA y PLEITO PENDIENTE.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El fundamento dado por la apoderada que defiende los intereses de la parte pasiva se resume así:

i) DE LA EXISTENCIA CONTRACTUAL DE COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA

Dentro de la cláusula vigésimo tercera del contrato de prestación de servicios nº 12076-006-2012, se decidió de manera voluntaria incorporar una cláusula compromisoria, por medio de la cual se establece que el competente para decidir las controversias surgidas entre las partes del negocio jurídico, es un Tribunal de Arbitramento, lo cual tiene fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, situación que desplaza la facultad de conocer del presente asunto a la justicia ordinaria.

ii) DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con la existencia de una cláusula compromisoria suscrita entre la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIONAL 5 y FIDUPREVISORA S.A., no puede la justicia ordinaria conocer del presente asunto.

¹ Folios 635- 639 Archivo 000

² Folio 629-634. Archivo 000

iii) PLEITO PENDIENTE, DEMANDA ARBITRAL DE MAYOR CUANTÍA.

Consistente en que, atendiendo las pretensiones de la demanda, se advierte la existencia de pleito pendiente entre las misma partes y sobre el mismo asunto, atendiendo la existencia de proceso arbitral en curso, radicado a la partida 121242, contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, con pretensiones idénticas, esto es, la pretensión es el pago de facturas por sentencias de tutela, las cuales se encuentran dentro del acta del 27 de julio de 2018, acta referenciada en la demanda arbitral en el hecho trigésimo tercero.

RÉPLICA DEL DEMANDANTE

El apoderado de la parte activa de la lid, guardó silencio dentro del término de traslado.

CONSIDERACIONES

Las excepciones previas, están íntimamente ligadas con las formalidades dentro de un proceso, toda vez que están dirigidas a la perfección del mismo, y por tanto no versan sobre el fondo de la controversia. Dentro del proceso ejecutivo, las mismas deben proponerse como recurso de reposición³ contra el mandamiento de pago, dentro del término oportuno, tal como aquí ocurrió.

El artículo 100 del Código General del Proceso contempla los casos en los cuales es factible alegar una excepción previa, lo que quiere decir que su naturaleza es netamente taxativa. Las causales invocadas por la recurrente se enlistan así:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
- ...
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Procede así el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones en comento, no sin antes advertir que las excepciones de falta de jurisdicción o de competencia y compromiso o cláusula compromisoria, serán resueltas de manera conjunta, por contar con el mismo fundamento, que no es otro diferente a que son los tribunales de arbitramento los que deben conocer del asunto, atendiendo la voluntad de las partes.

De acuerdo con una difundida opinión jurisprudencial, el arbitramento es *“una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho”* (Sala Plena, sentencia de Mayo 29 de 1969, CXXXVII, 2338, pp. 58 y ss.), cuyo fundamento prístino es la libertad contractual o autonomía privada dispositiva reconocida *expressis verbis* por el artículo 116 de la Constitución Política, consagratorio del *“derecho al arbitraje”* (Sala de Casación Civil, *sentencia de 21 de febrero de 1996, [S-011-06], exp. 5340*).

³ Artículo 442 numeral 3° del C.G.P.,

El arbitramento, ostenta expreso reconocimiento constitucional, se origina en un acto dispositivo de intereses, por cuya inteligencia las partes habilitan a particulares para dirimir determinadas controversias y se les confiere la función pública jurisdiccional de administrar justicia en forma excepcional, transitoria, temporal, concreta, singular y específica para el asunto o asuntos comprendidos en el pacto arbitral (artículos 8º y 13, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, modificados por los artículos 3º y 6º de la Ley 1285 de 2009).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado constantemente respecto a que la cláusula arbitral -así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el resultado de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó previamente para solucionar las diferencias que surjan entre los contratantes. Sin embargo, hay que empezar por decir que nos encontramos en trámite de un proceso ejecutivo, por lo que, en esta clase de procesos se excluye de la posibilidad de cláusula compromisoria, compromiso y arbitraje, tal como pasa a explicarse.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 422 del Código General del Proceso, por medio del proceso ejecutivo se busca el cumplimiento de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en documentos provenientes del deudor y que constituyen plena prueba contra éste. En efecto, este tipo de procesos se fundamentan en un derecho cierto, respaldado en un título que ostenta mérito ejecutivo, por lo que el juez, *ab initio*, como si dictara una sentencia, se pronuncia de fondo sobre la pretensión, si la reconoce, libra mandamiento o, por el contrario, si no encuentra mérito ejecutivo en los documentos traídos para el cobro- tratándose de obligaciones dinerarias- niega el mandamiento de pago. Así pues, el proceso ejecutivo presupone la existencia de un interés insatisfecho.

Ahora bien, según el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012, la cláusula compromisoria podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula es una estipulación en virtud de la cual, las partes manifiestan su voluntad de resolver los conflictos originados en dicho contrato, ante un tribunal de arbitramento, sustrayéndolos del aparato judicial y de su poder coactivo.

Es por ello que, quien acude a la jurisdicción a demandar por la vía del proceso ejecutivo, con base en un título que presta mérito ejecutivo, no lo hace para marcar una controversia pues, lo que busca es la intervención del poder del Estado, para materializar el derecho ya adquirido, situación que imposibilita que por virtud del acuerdo de voluntades, se atribuya a particulares, en este caso a árbitros, poder de coacción.

Importante resulta recordar criterios señalados por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela de septiembre 23 de 1994, (expediente 1566 M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta) en donde frente al punto se indicó:

"Sin embargo, excepcional y transitoria e individualmente se permite que el Estado delegue su función en administrar justicia en particulares, como en los Arbitros (art. 116, inc. Final C.N.), de acuerdo con la ley y precisamente la ley actualmente vigente continúa con el criterio tradicional de reserva por parte del Estado de poder jurisdiccional de ejecución, debido a su esencia coercitiva y coactiva de las órdenes, y medios y medidas que en ella deben aplicarse; razón por la cual se excluye de la posibilidad de cláusula compromisoria, compromiso y arbitraje los asuntos de ejecución. De allí que si bien se permite diferir a arbitraje las "controversias transigibles", como aquellos que requieren de una certeza jurídica mediante transacción o sentencia, también se haya dispuesto en el pasado inmediato que tales atribuciones "no impiden adelantar ante ésta ("los jueces") proceso de ejecución "(parte final del último inciso del art. 2011 del Código de Comercio). E igualmente se acoja implícitamente el mismo cuando, de una parte, aplicando la misma regla para el arbitraje del arrendamiento prescribe que, no obstante su competencia, "los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán transmitirse ante la jurisdicción ordinaria" (art. 1o. Inciso 2o. Decreto 2279 de 1989, en la redacción del art. 96 ley 23 de 1991). Y ello, de otra parte, se reitera en el parágrafo del art. 4o. del mismo decreto cuando expresa "De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales".

"Luego, es una jurisdicción coactiva para conocer de los procesos de ejecución reservadas a los jueces permanentes y dentro de ellos, a los de la jurisdicción ordinaria civil (art. 16 num. 1; 23, numeral 1; 488 y s.s. del C. De P.C.), sin perjuicio de las excepciones pertinentes, como la competencia para jurisdicción coactiva administrativa (art. 268, num. 5o. C.N.), etc".

"Entonces, si, conforme a la Constitución y la ley los árbitros no pueden ejecutar coactiva o forzosamente sus propias decisiones recogidas en laudos, mucho menos pueden hacerlo respecto de otras decisiones judiciales, ni de decisiones o títulos creados por los particulares que requieran de poder o potestad coactiva. Pues esto es de tal entidad que su representación en la libertad (v. gr. mandamiento forzoso de pago) y en el patrimonio (v. gr. la ejecución, remate, etc.) del ejecutado, requiere, a juicio de nuestro ordenamiento, de la intervención de los órganos jurisdiccionales permanentes del Estado. De allí que si la ley no establece distinción dentro de la reserva estatal para este tipo de conocimiento, se concluya que de la competencia y jurisdicción arbitral, quedan excluidos todos los procesos ejecutivos incluyendo los atinentes a las pólizas de seguros en los casos del art. 8o. de la Ley 45 de 1990".

"Mas aún, esa decisión que ordena que esa jurisdicción no sea prestada por el Estado sino por los árbitros, no sólo impide que aquél cumpla con su deber sino que también arriesga a que estos últimos rechacen su conocimiento por falta de jurisdicción, dejando la ejecución sin juez que lo decida, o que, por el contrario conozcan de ella contrariando el ordenamiento jurídico colombiano. Todo lo cual, a todas luces, constituye una actuación arbitraria que, por estar fuera del marco constitucional y legal pertinente, configura una vía de hecho, susceptible de amparo mediante tutela".

Frente a dicho fenómeno, el Doctrinante Ramiro Bejarano Guzmán, en la obra PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y ARBITRALES, explica:

"Se ha vuelto costumbre en algunos procesos ejecutivos proponer como excepción previa la causal de compromiso o cláusula compromisoria (C.P.C., art. 97 núm. 3), la cual no puede verse acogida en ningún caso por los jueces mientras no haya una normatividad que permita formular demandas ejecutivas antes árbitros y el trámite de las ejecuciones ante ellos. Si bien la Corte Constitucional dijo en su fallo que el proceso arbitral también puede dar cabida a trámites ejecutivos, es preciso que una ley señale el procedimiento de tales ejecuciones, pues las leyes actualmente vigentes fueron concebidas para ventilar ante árbitros

controversias de naturaleza declarativa" agregando que "de prosperar la excepción previa de cláusula compromisoria o compromiso en procesos ejecutivos, al ejecutante se le conculcaría su derecho constitucional de acceso a la justicia, pues no solo le quedarían cerradas las puertas de la justicia ordinaria sino que no existiendo procedimiento arbitral ejecutivo tampoco podría formular su demanda ante árbitros"

Lo hasta aquí decantado hace arribar a la obligada conclusión que la cláusula compromisoria no resulta procedente como excepción en el proceso ejecutivo, aun cuando esa sea la voluntad de las partes, atendiendo la naturaleza de este proceso y las facultades que en el marco del mismo se le atribuyen al juez, en virtud de lo cual, las excepciones previas de COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA, FALTA DE JURISDICCIÓN no tienen vocación de prosperidad.

Seguidamente, el Despacho procede a pronunciarse frente a la excepción de PLEITO PENDIENTE impetrada por la parte demandada, sustentada en que existe demanda en trámite entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, atendiendo la existencia de proceso arbitral en curso, radicado a la partida 121242, contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, cuya pretensión es el pago de facturas por sentencias de tutela, las cuales se encuentran dentro del acta del 27 de julio de 2018, acta referenciada en la demanda arbitral en el hecho trigésimo tercero.

Sea lo primero indicar que la recurrente allega copia⁴ de radicación de demanda arbitral de mayor cuantía, en la que fungen como demandantes, la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, compuesta por la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER-FOSCAL-, FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y NUEVA CLÍNICA RIOHACHA y como demandada, LA NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, cuyas pretensiones apuntan a la declaración de incumplimiento del contrato para la prestación de servicios asistenciales n° 12076-006-2012, por parte del FONDO demandado, ordenando como consecuencia de ello, el pago de la suma de las siguientes sumas:

CONCEPTO	A FAVOR CONTRATISTA	SUMAS EN CONTRA DEL CONTRATISTA
ALTO COSTO	\$ 55.774.743.209	0
SALUD OCUPACIONAL	\$ 31.380.688.517	0
BASES DE DATOS	\$ 8.082.822.102	0
TUTELAS	\$ 3.723.231.707	0
PROMOCION Y PREVENCION	\$ 2.312.837.535	0
SALDO AUDITADO	\$ 1.017.564.311	0
ULTIMA CAPITA	\$ 17.536.021.944	0
TOTAL	\$ 119.827'909.325	0

⁴ FOLIO 669

Sin embargo, no se allega actuación alguna por parte de Tribunal de Arbitramento aceptando o negando la petición de arbitraje.

Ahora, la excepción previa de pleito pendiente sugiere unos claros presupuestos que la distinguen de otras figuras procesales como la prejudicialidad. El Código General del Proceso en el numeral 8 del artículo 100 regula como excepción previa el pleito pendiente.

El objeto de esta excepción es evitar, de una parte, la existencia de dos o más juicios con idénticas pretensiones y entre las mismas partes y, de otra, juicios contradictorios frente a las mismas pretensiones; los elementos concurrentes y simultáneos para la configuración son:

- Que exista otro proceso que se esté adelantando.
- Que las pretensiones sean idénticas.
- Que las partes sean las mismas.
- Que al haber identidad de causa, los procesos estén soportados en los mismos hechos.

Frente al primer presupuesto, es necesario que en efecto exista otro proceso en curso, porque en caso de que el proceso ya haya terminado y se presenten los demás supuestos, no se configuraría dicha excepción, sino la de cosa juzgada. En las presentes diligencias, se allega prueba de radicación de demanda de arbitraje, pero nada se indica respecto del momento procesal en que se encuentra, por el contrario, se deprecia como prueba que se oficie al Tribunal de Arbitramento para dicho fin, por lo que no se conoce la “real” existencia de un proceso en marcha.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión, se tuviera la certeza respecto de la tramitación simultánea del proceso en cuestión, en lo que respecta al segundo requisito, las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se pretenda formular la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas, para que la decisión de una de las pretensiones produzca la cosa juzgada en el otro, porque en caso contrario, es decir en el evento en que las pretensiones no sean las mismas, los efectos de la decisión de uno de esos procesos sería diferente pues no habría cosa juzgada y por lo tanto no habría lugar a detener el trámite de uno de los procesos.

En ese sentido, no es procedente en el presente caso proponer la excepción previa de pleito pendiente por la sencilla razón que lo que se pretende en el proceso arbitral es una declaración de “incumplimiento del contrato para la prestación de servicios asistenciales nº 12076-006-2012”, y lo que se pretende en el presente proceso ejecutivo, es la ejecución de las obligaciones contenidas en los títulos ejecutivos allegados con la demanda, pretensiones a todas luces disímiles.

Al respecto, la doctrina⁵ ha expresado:

⁵ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General. Décima Edición. Editorial ABC. Bogotá 1988. Pág. 365.

“Para que haya pleito pendiente, fuera del caso de identidad de los dos procesos, se requiere que el uno esté comprometido en el otro, que puede ser más amplio en su objeto o causa, siempre en proceso declarativo, ya que en el ejecutivo no procede la excepción ni éste la puede producir en ningún caso”

De lo anterior se advierte el revés de la excepción propuesta, por lo que, sin necesidad de ahondar en razones, se declarará impróspera.

Por último, se advierte que el cuarto inciso del artículo 118 del C.G.P., establece que *“Cuando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, éste se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso”*, razón por la cual el término de 10 días otorgado al demandado para contestar y proponer excepciones, empieza a correr a partir de la notificación del presente auto.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: DENEGAR el recurso de reposición impetrado por la parte demandada contra el auto de mandamiento de pago del 3 de marzo de 2020, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: RECONOCER personería a la Dra. **LAURA SUSANA RODRÍGUEZ MAZA**, como apoderada de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO FOMAG, conforme al poderó conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

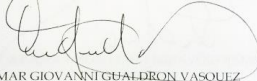


JUAN CARLOS ORTIZ PEÑARANDA
Juez

⁶ Archivo001AnexosExcepcionesPrevias

**JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
BUCARAMANGA**

Siendo las ocho de la mañana (8:00A.M) del día de hoy **14 DE MARZO DE 2022** se
notifica a las partes la providencia que antecede por anotación en el Estado No.



OMAR GIOVANNI GUALDRÓN VÁSQUEZ
SECRETARIO